



**University of  
Zurich**<sup>UZH</sup>

**Zurich Open Repository and  
Archive**

University of Zurich  
University Library  
Strickhofstrasse 39  
CH-8057 Zurich  
[www.zora.uzh.ch](http://www.zora.uzh.ch)

---

Year: 2013

---

## **Trennung zwischen dem Zivilverfahren und dem Verfahren der Finanzmarktaufsicht**

Bühler, Simon ; Von der Crone, Hans Caspar

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich  
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-105839>  
Journal Article

Originally published at:

Bühler, Simon; Von der Crone, Hans Caspar (2013). Trennung zwischen dem Zivilverfahren und dem Verfahren der Finanzmarktaufsicht. Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, 85(6):563-575.

## Trennung zwischen dem Zivilverfahren und dem Verfahren der Finanzmarktaufsicht

Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts BGE 139 II 279 i. S. X. (Beschwerdeführer) gegen Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Beschwerdegegnerin)

Mit Bemerkungen von M.A. HSG Simon Bühler und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, Universität Zürich\*

### Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt und Prozessgeschichte**
- II. Erwägungen der Gerichte**
  - 1. Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts**
  - 2. Erwägungen des Bundesgerichts**
- III. Bemerkungen**
  - 1. Verhältnis von Privat- und Aufsichtsrecht**
    - 1.1 Privatrechtliche Normen
    - 1.2 Finanzmarktrechtliche Normen
    - 1.3 Verhältnis von Privatrecht und Aufsichtsrecht
      - 1.3.1 Wechselseitige Beeinflussung der Normen
      - 1.3.2 Konzeptionelle Erfassung des Verhältnisses
  - 2. Verhältnis von Aufsichts- und Zivilverfahren**
    - 2.1 Grundsatz der Trennung der Verfahren
    - 2.2 Gegenseitige Beeinflussung der Verfahren
      - 2.2.1 Sachverhaltsebene
      - 2.2.2 Materielles Recht
      - 2.2.3 Vollstreckung
      - 2.2.4 Prozedurale Bestimmung der «Ausstrahlung»
    - 2.3 Einsicht des Dritten in das Aufsichtsverfahren
  - 3. Entwicklungen gemäss FIDLEG**
- IV. Fazit**

### I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Der Beschwerdeführer X. gelangte am 19. Oktober 2010 an die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA; Beschwerdegegnerin) und erhob Anzeige gegen die Bank Y. mit Sitz im Kanton Zürich, bzw. gegen deren Tochtergesellschaft Bank Z. mit Sitz auf den Bahamas. Er machte geltend, im Jahr 2000 eine Bankbeziehung mit der Bank Y. eröffnet zu haben. Nach ca. zwei Monaten habe ihm diese Bank empfohlen, die gesamte Bankbeziehung auf ihre Tochtergesellschaft Bank Z. zu übertragen. Dies habe er getan und bei der Bank Y. diverse Bank- und Wertschriftenkonten eröffnet. Die Unterzeichnung der Bankdokumente und auch sämtliche Besprechungen in den folgenden vier Jahren hätten in den Geschäftsräumlichkeiten der Bank Y. stattgefunden. Alle Korrespondenz und die gesamte Betreuung sei durch Mitarbeiter der Bank Y. erfolgt. Damit seien in den Geschäftsräumlichkeiten der Bank Y. Bankdienstleistungen im Namen der Bank Z. erbracht worden,

was einer faktischen Geschäftsniederlassung entspreche, obwohl sie dafür über keine Bewilligung der FINMA verfüge. Der Beschwerdeführer X. ersuchte die FINMA, eine aufsichtsrechtliche Untersuchung gegen diese faktische Geschäftsniederlassung der Bank Z. einzuleiten und anschliessend gegebenenfalls die faktische Bankzweigniederlassung, allenfalls Bankrepräsentanz, zu liquidieren.

Am 1. November 2010, knapp zwei Wochen nach Einreichung der Anzeige, erkundigte sich X. bei der FINMA nach dem Stand der aufsichtsrechtlichen Untersuchung. Mit E-Mail vom 3. November 2010 teilte ihm die FINMA mit, er habe in einem allfälligen Verwaltungsverfahren keine Parteistellung und könne auch nicht zur Akteneinsicht zugelassen werden. Aus diesem Grund könne er auch über das Vorgehen der FINMA in dieser Angelegenheit nicht auf dem Laufenden gehalten werden. Mit der gleichen Begründung wies die FINMA ein späteres Gesuch von X. um Akteneinsicht ab. Daraufhin beantragte X. den Erlass einer beschwerdefähigen Verfügung. Mit Verfügung vom 11. Mai 2012 wies die FINMA das Gesuch um Gewährung der Parteistellung und Akteneinsicht ab. Dagegen erhob X. Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht, welches diese mit Urteil vom 13. Dezember 2012 abwies.<sup>1</sup> In der Folge erhob X. beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten mit dem Antrag, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts sei aufzuheben und ihm in der von der FINMA gegen die de-facto-Zweigniederlassung der Bank Z. geführten Vorabklärung oder Untersuchung die Parteistellung nach Art. 6 VwVG einzuräumen, unter Wahrung berechtigter Geheimhaltungsinteressen. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab.

### II. Erwägungen der Gerichte

#### 1. Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts

Das Bundesverwaltungsgericht setzt sich mit der Funktion der FINMA als Aufsichtsbehörde auseinander. Erhalte die FINMA von Missständen Kenntnis, Sorge sie für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands (Art. 31 BEHG). Dabei könne sie die in den Finanzmarktgesetzen vorgesehenen Mittel auch gegenüber Instituten bzw. Perso-

\* Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <http://www.rwi.uzh.ch/vdc>.

<sup>1</sup> BVGer B-3311/2012 vom 13. Dezember 2012.

nen einsetzen, deren Unterstellungs- oder Bewilligungspflicht umstritten sei. Ergebe sich aus den Abklärungen der FINMA, dass eine natürliche oder juristische Person unbewilligt unterstellungspflichtige Aktivitäten ausgeübt habe und ihre Tätigkeit nicht bewilligungsfähig sei, so könne sie Anordnungen bis zum Verbot der betreffenden Tätigkeit bzw. bis zur Liquidation und – bei Überschuldung – zur Konkursöffnung erlassen. Bei der Wahl des Mittels habe sie sich primär an den Hauptzwecken der finanzmarktrechtlichen Gesetzgebung zu orientieren, welche einerseits den Schutz der Gläubiger und andererseits die Lauterkeit und die Stabilität des Finanzsystems umfassen. Die Wahrnehmung ihrer Aufsichtsfunktion sei dabei weitgehend ihrem «technischen Ermessen» anheimgestellt.<sup>2</sup>

Die Frage der Parteistellung richte sich nach dem gemäss Art. 53 FINMAG allgemein anwendbaren Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG). Der Anspruch auf Parteistellung setze voraus, dass die Person durch den Ausgang des Verfahrens besonders berührt sei und ein schutzwürdiges Interesse daran habe, dass die Verfügung, die das Verfahren abschliessen werde, ihren Rechtsbegehren entsprechend ausfalle (vgl. Art. 6 i.V.m. Art. 48 Abs. 1 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht führt aus, dass Dritte nur als «besonders berührt» gelten, wenn sie eine besondere beachtenswerte, nahe Beziehung zur Streitsache aufweisen. Ein «schutzwürdiges Interesse» setze voraus, dass der Dritte einen praktischen Nutzen aus der Verfügung ziehe, sofern sie seinen Rechtsbegehren entsprechend ausfalle. Mit anderen Worten müsse ihre Situation durch den Ausgang des Verfahrens in relevanter Weise beeinflusst werden können. Die Abgrenzung zur Popularbeschwerde müsse im Einzelfall vorgenommen werden, da es keine dogmatisch stringenten Kriterien gebe. Gesichtspunkte, die gegen die Zuerkennung einer Parteistellung sprechen würden, seien allgemein die Möglichkeit, den angestrebten Erfolg auf einem anderen Weg zu erreichen, ein bloss mittelbares Betroffensein oder Aspekte der Praktikabilität. Die Einreichung einer Anzeige erwirke allein noch kein geschütztes Interesse.<sup>3</sup>

Anschliessend setzt sich das Bundesverwaltungsgericht mit den einzelnen Argumenten des Beschwerdeführers X. auseinander:

Erstens argumentiert der Beschwerdeführer X., er wolle als geschädigter Anleger nach Eröffnung eines aufsichtsrechtlich anzuordnenden Liquidationsverfahrens gegen die de-facto-Zweigniederlassung der Bank Z. eine Forderung von € 1,7 Mio. eingeben. Das Bundesverwaltungsgericht hält fest, dies sei eine bestrittene Schadenersatzforderung aus einer von X. behaupteten Schlechterfüllung eines Vermögensverwaltungsauftrags, welche nicht in den Büchern der Bank ersichtlich sei. Ein Liquidator würde daher diese Schadenersatzforderung in einem Konkursverfahren kaum kollozieren.<sup>4</sup> Anleger oder Gläubiger von Finanzintermediären hätten ihre zivilrechtlichen Forderungen gegenüber Letzteren grundsätzlich und primär auf dem zivilen Rechtsweg oder adhäsionsweise in einem Strafverfahren zu verfolgen. Demgegenüber dienten die aufsichtsrechtlichen Verfahren der FINMA primär der Beseitigung allfälliger Missstände und der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustands auf dem Schweizerischen Finanzmarkt und nicht der prozessualen Unterstützung einzelner Anleger oder Gläubiger bei der Geltendmachung ihrer Ansprüche. Allenfalls könne die aufsichtsrechtliche Tätigkeit der FINMA die Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche indirekt erleichtern, was jedoch für eine Zuerkennung einer Parteistellung nicht ausreiche. Hätte jeder mutmassliche Anleger in aufsichtsrechtlichen Verfahren Parteirechte, würde die Aufsichtstätigkeit der FINMA ausserordentlich erschwert.<sup>5</sup> Ausserdem gälten in zivil- oder strafrechtlichen Verfahren allenfalls andere Verfahrensgrundsätze als in den aufsichtsrechtlichen Verfahren der FINMA. So gingen die Auskunft- und Editionsspflichten gegenüber der FINMA sehr weit (vgl. Art. 25 Abs. 1 FINMAG). Die Erlangung von Informationen über das Akteneinsichtsrecht in einem aufsichtsrechtlichen Verfahren der FINMA für ein Zivil- oder Strafverfahren könne kaum als schutzwürdiges Interesse eingestuft werden.<sup>6</sup>

Zweitens macht der Beschwerdeführer X. geltend, er hätte seine zivilrechtlichen Ansprüche zu

<sup>2</sup> BVGer B-3311/2012 vom 13. Dezember 2012, E. 2.

<sup>3</sup> BVGer B-3311/2012 vom 13. Dezember 2012, E. 3.1.

<sup>4</sup> BVGer B-3311/2012 vom 13. Dezember 2012, E. 3.3.

<sup>5</sup> BVGer B-3311/2012 vom 13. Dezember 2012, E. 3.4.

<sup>6</sup> BVGer B-3311/2012 vom 13. Dezember 2012, E. 3.5.

einem früheren Zeitpunkt auf den Bahamas geltend machen müssen. So sei ein ausländischer Gerichtsstand vereinbart worden. Die Möglichkeit eines Zivilprozesses vor einem schweizerischen Gericht sei höchst zweifelhaft. Das Bundesverwaltungsgericht hält hierzu fest, es sei nicht relevant, ob ein Gläubiger oder Anleger den ihm primär zustehenden Rechtsweg beschreite oder nicht. Der Anspruch auf einen effektiven Rechtsschutz beinhalte kein grundsätzliches Recht darauf, trotz Prorogation eines ausländischen Gerichts ein schweizerisches Gericht anrufen zu können.<sup>7</sup>

Drittens macht der Beschwerdeführer geltend, er könne sich in einem allfälligen Strafverfahren auch ohne Anhebung einer adhäsionsweisen Zivilklage als Privatkläger konstituieren. Er habe daher Anspruch darauf, dass die FINMA eine entsprechende Strafanzeige erhebe, wenn sie in ihren Vorabklärungen auf strafrechtlich relevante Sachverhalte stosse. Das Bundesverwaltungsgericht qualifiziert dieses Argument als offensichtlich unbehelflich. Der Wunsch, belastendes Material im Hinblick auf ein Strafverfahren zu finden, verschaffe Dritten keine Parteistellung in einem aufsichtsrechtlichen Verfahren.<sup>8</sup>

Viertens argumentiert der Beschwerdeführer, er habe ein rechtlich geschütztes Interesse daran, dass die Vorinstanz als Folge, wenn schon keine Liquidation, so doch eine Einziehung gemäss Art. 35 FINMAG verfüge. Das Bundesverwaltungsgericht lässt die Frage offen, ob dies für die Begründung einer Parteistellung genügt. Die Einziehung nach Art. 35 FINMAG gelte erst seit dem 1. Januar 2009, weshalb angesichts des Rückwirkungsverbots deren rückwirkende Anwendung auf einen behaupteten Schaden aus den Jahren 2000 und 2001 höchst unwahrscheinlich sei.<sup>9</sup>

Schliesslich wirft das Bundesverwaltungsgericht die Frage auf, ob die FINMA aufgrund allgemeiner Verfahrensgrundsätze die Anzeiger über die Eröffnung oder Nichteröffnung einer aufsichtsrechtlichen Untersuchung informieren müsse. Mangels eines entsprechenden Eventualbegehrens des Beschwerdeführers sieht das Bundesverwaltungsgericht von einer Prüfung ab.<sup>10</sup>

## 2. Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht definiert analog dem Bundesverwaltungsgericht die Voraussetzungen der Beziehungsnähe und des schutzwürdigen Interesses und stellt fest, dass eine Anzeige bei einer Aufsichtsbehörde noch keine Parteistellung begründe. Darüber hinaus sei ein schutzwürdiges Interesse erforderlich. Es zieht ebenso den Schluss, es gebe keine rechtslogisch stringente, sondern nur eine praktisch vernünftige Abgrenzung zur Popular- oder zur Aufsichtsbeschwerde, die dem Anzeiger keine Parteistellung verschaffe. Die Grenze sei für jedes Rechtsgebiet gesondert zu beurteilen. Wegleitend hierfür seien insbesondere die Möglichkeit, den angestrebten Erfolg auf einem anderen, zum Beispiel zivil- oder strafrechtlichen Weg, zu erreichen und das Anliegen, die Verwaltungstätigkeit nicht übermässig zu erschweren.<sup>11</sup>

Der Beschwerdeführer X. begründet vor Bundesgericht seine Parteistellung damit, die Bank Z. habe ohne Bewilligung und damit unrechtmässig Publikumseinlagen entgegengenommen. Daraus ergebe sich ein öffentlich-rechtlicher Anspruch auf Rückerstattung der ohne Bewilligung entgegengenommenen Mittel. Sofern die FINMA feststelle, dass unzulässigerweise Publikumseinlagen entgegengenommen worden seien, könne sie gestützt auf Art. 31 FINMAG auch ohne Anordnung einer formellen Liquidation deren Rückzahlung verfügen. Seine Situation könne daher durch den Ausgang des Verfahrens entscheidend beeinflusst werden, was seine Parteistellung begründe. Auch eine Einziehung gestützt auf Art. 35 FINMAG sei möglich. Schliesslich wäre ihm auch der zivilrechtliche Rechtsweg auf den Bahamas nicht zumutbar gewesen.<sup>12</sup>

Das Bundesgericht hält fest, die Beziehungen zwischen einem Bankkunden und der Bank unterlägen dem Zivilrecht und daraus entstehende Forderungen seien auf dem zivilrechtlichen Weg geltend zu machen. Die Finanzmarktaufsicht bezwecke nach Art. 5 FINMAG den Schutz der Gläubiger, Anleger, Versicherten sowie den Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte. Sie trage damit zur Stärkung des Ansehens und der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz bei. Auch wenn sie somit auch dem Einlegerschutz diene, bleibe sie doch eine öf-

<sup>7</sup> BVGer B-3311/2012 vom 13. Dezember 2012, E. 3.6.

<sup>8</sup> BVGer B-3311/2012 vom 13. Dezember 2012, E. 3.7.

<sup>9</sup> BVGer B-3311/2012 vom 13. Dezember 2012, E. 3.8.

<sup>10</sup> BVGer B-3311/2012 vom 13. Dezember 2012, E. 3.10.

<sup>11</sup> BGE 139 II 279, E. 2.2 f.

<sup>12</sup> BGE 139 II 279, E. 4.1.

fentlich-rechtliche, wirtschaftspolizeiliche Aufgabe. Art. 31 FINMAG, wonach die FINMA für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes sorgt, gewähre ihr einen relativ weiten Ermessensspielraum. Aus Art. 31 FINMAG könne kein Rechtsanspruch namentlich der Anleger oder Gläubiger auf ein Tätigwerden der FINMA abgeleitet werden. Die FINMA sei auch nicht befugt, anstelle der zuständigen Zivilgerichte über zivilrechtliche Ansprüche Dritter gegen die Bank zu entscheiden. Daraus zieht das Bundesgericht den Schluss, dass die Anleger keine öffentlich-rechtliche Forderung auf Rückerstattung von ohne Bewilligung entgegengenommenen Geldern haben. Die FINMA könne eine unbewilligt tätige Bank oder einen Effektenhändler im Rahmen der allgemeinen Verfassungs- und Verwaltungsgrundsätze aufsichtsrechtlich liquidieren, wobei die Gläubiger ihre privatrechtlichen Forderungen einzugeben hätten. Dabei trete nach der Konzeption des Gesetzes keine öffentlich-rechtliche Rückerstattungs-forderung neben die zivilrechtliche Forderung.<sup>13</sup>

Daran ändere auch Art. 35 FINMAG nichts, wonach die FINMA den Gewinn einziehen kann, den eine Beauftragte durch schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen erzielt hat. Abgesehen von den intertemporalrechtlichen Aspekten aufgrund des Rückwirkungsverbots könne der Beschwerdeführer daraus nichts ableiten. Die Einziehung nach Art. 35 FINMAG habe rein verwaltungsrechtlichen Charakter. Die Rückerstattung durch die FINMA begründe nicht anstelle oder zusätzlich zu den zivilrechtlichen eine öffentlich-rechtliche Forderung und diene ebenso wenig der Beurteilung strittiger Zivilansprüche, sondern setze vielmehr den Bestand unbestrittener oder gerichtlich festgestellter Schadenersatzansprüche voraus. Die Rückerstattung diene somit bloss der Durchsetzung liquider zivilrechtlicher Forderungen. Da die Forderung des Beschwerdeführers X. nach eigener Darstellung längst verjährt sei, liege keine unbestrittene oder gerichtlich festgestellte zivilrechtliche Forderung vor. Eine Rückerstattung nach Art. 35 FINMAG komme nicht in Frage. Da ihm ein aufsichtsrechtliches Verfahren nichts helfen würde, habe der Beschwerdeführer von vornherein kein schützenswertes Interesse.<sup>14</sup>

### III. Bemerkungen

#### 1. Verhältnis von Privat- und Aufsichtsrecht

Der Finanzintermediär ist in seiner Tätigkeit einer Vielzahl materieller Regeln des Privat-, Aufsichts- und Strafrechts unterworfen. Hinzu kommen die Bestimmungen der Selbstregulierung.<sup>15</sup> Zentral ist dabei die Dichotomie zwischen dem Zivilrecht und dem öffentlich-rechtlichen Aufsichtsrecht. Für die Beziehung zwischen einem Bankkunden und der Bank gilt grundlegend das Zivilrecht. Im Rahmen ihrer privatrechtlichen Parteiautonomie bestimmen die Parteien ihre Geschäftsbeziehung. Diesen Grundsatz unterstreicht das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid.<sup>16</sup>

Demgegenüber bezwecken die öffentlich-rechtlichen Normen die Aufsicht und Regulierung des Finanzmarktes. Sie werden unter dem Begriff «Finanzmarktrecht» zusammengefasst.<sup>17</sup> Das Finanzmarktrecht nimmt mit der Regulierung und Aufsicht eine wirtschaftspolizeiliche Aufgabe wahr.<sup>18</sup> Zentrales Ziel des Finanzmarktrechts ist der Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte.<sup>19</sup> Darüber hinaus dient das Finanzmarktrecht dem Individualschutz, insbesondere von Gläubigern und Anlegern.<sup>20</sup>

Die Abgrenzung zwischen Privatrecht und dem öffentlich-rechtlichen Finanzmarktrecht erfolgt nach den allgemein anwendbaren Kriterien der Subordinations-, Funktions- und Interessentheorie sowie der modalen Theorie, die im Sinne eines Metho-

<sup>13</sup> BGE 139 II 279, E. 4.2.

<sup>14</sup> BGE 139 II 279, E. 4.3.

<sup>15</sup> Vgl. *Sabine Kilgus*, Effektivität von Regulierung im Finanzmarktrecht, Habil. Zürich 2007, N 4 ff.

<sup>16</sup> BGE 139 II 279, E. 4.2; *Seraina Grünewald*, Parteistellung im aufsichtsrechtlichen Verfahren der FINMA, Besprechung von BGE 139 II 279, GesKR 3/2013, 432 ff., 435.

<sup>17</sup> *Urs Emch/Hugo Renz/Reto Arpagaus*, Das Schweizerische Bankgeschäft, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011, N 191; *Peter Nobel*, Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards, 3. Aufl., Bern 2010, § 1 N 66.

<sup>18</sup> *Peter Hänni/Andreas Stöckli*, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bern 2013, N 912; *Grünewald* (Fn. 16), 435; vgl. BGE 139 II 279, E. 4.2.

<sup>19</sup> *Nobel* (Fn. 17), § 1 N 88 ff.; *Rolf H. Weber*, Finanzdienstleistungen im Spannungsfeld von Zivil- und Aufsichtsrecht, SJZ 18/2013, 405 ff., 405; vgl. *René Rhinow/Gerhard Schmid/Giovanni Biaggini/Felix Uhlmann*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011, § 35 N 8; Art. 5 FINMAG.

<sup>20</sup> *Nobel* (Fn. 17), § 1 N 96 ff.



denpluralismus angewendet werden. Dabei wird im Einzelfall geprüft, welches Abgrenzungskriterium sich am besten eignet.<sup>21</sup> Eine Besonderheit stellen die sogenannten Doppelnormen dar, welche sowohl öffentlich-rechtlicher als auch privatrechtlicher Natur sein können.<sup>22</sup>

Im vorliegenden Fall kommen sowohl privatrechtliche als auch öffentlich-rechtliche Normen zur Anwendung. Diese werden nachfolgend anhand des konkreten Sachverhalts einander gegenübergestellt. Gemäss Sachverhalt eröffnete der Beschwerdeführer X. eine Bankbeziehung mit diversen Bank- und Wertschriftenkonten und schloss zudem einen Vermögensverwaltungsvertrag ab.<sup>23</sup>

### 1.1 Privatrechtliche Normen

Die Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde wird nach der herrschenden Lehre nicht als allgemeiner Bankvertrag qualifiziert, sondern besteht aus mehreren Einzelverträgen.<sup>24</sup> Grundlage der Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunde ist in der Regel die Eröffnung eines Kontos und damit der Abschluss eines Kontokorrentvertrages. Damit verbunden ist oftmals ein Girovertrag, in welchem die Bank dem Kunden zusichert, bei genügender Deckung seine Zahlungsaufträge auszuführen und

eingehende Überweisungen gutzuschreiben.<sup>25</sup> Für Kontokorrent- und Girovertrag finden die auftragsrechtlichen Bestimmungen Anwendung.<sup>26</sup> Die Verwahrung und Verwaltung der Vermögenswerte erfolgt nach einem separat abgeschlossenen Depotvertrag. Der Depotvertrag ist ein gemischter Vertrag, welcher Elemente des Hinterlegungsvertrags und des Auftragsrechts enthält.<sup>27</sup>

Mit dem Vermögensverwaltungsvertrag verpflichtet sich der Vermögensverwalter gegenüber dem Kunden, dessen gesamtes Vermögen oder einen Teil davon nach professionellen Grundsätzen selbstständig zu verwalten.<sup>28</sup> Der Vermögensverwaltungsvertrag unterliegt nach Rechtsprechung und herrschender Lehre zivilrechtlich dem Auftragsrecht.<sup>29</sup> Neben diesen obligationenrechtlichen Normen kommt für Effektenhändler Art. 11 BEHG zur Anwendung, welcher als Doppelnorm auch eine selbstständige Privatrechtsnorm darstellt.<sup>30</sup> Art. 11 BEHG statuiert Informations-, Sorgfalts- und Treuepflichten.<sup>31</sup>

<sup>21</sup> Vgl. BGE 138 I 274, E. 1.2, m.w.H.; Kilgus (Fn. 15), N 540; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, N 264; René Wiederkehr/Paul Richli, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Eine systematische Analyse der Rechtsprechung, Bd. I, Bern 2012, N 1.

<sup>22</sup> Wiederkehr/Richli (Fn. 21), N 254; Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 21), N 268 ff.

<sup>23</sup> Auf die Frage, ob die Verträge mit der Bank Y. oder der Bank Z. geschlossen wurden, wird mangels gerichtlicher Feststellung des Sachverhalts und zur besseren Darstellbarkeit nicht eingegangen.

<sup>24</sup> Walter Fellmann, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. VI/2/4, Art. 394–406 OR, Bern 1992, N 429 zu Art. 398 OR; Benjamin Büchler/Hans Caspar von der Crone, Auskunftspflichten des Vermögensverwalters gegenüber den Erben, Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 5A\_638/2009 vom 13. September 2010 i.S. X. AG (Beschwerdeführerin) gegen Z. (Beschwerdegegnerin), SZW 1/2011, 106 ff., 111; Beat Kleiner, Bankkonto, Giro- und Kontokorrentvertrag, in: Peter Forstmoser/Pierre Tercier/Roger Zäch (Hrsg.), Innominatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluep, Zürich 1988, 273 ff., 274 f.; Weber (Fn. 19), 406 f.; Benedict Burg, Kundenschutz bei externer Vermögensverwaltung, Geltendes Recht, Schwachstellen und Handlungsbedarf, Diss. Zürich 2013, N 309.

<sup>25</sup> Emch/Renz/Arpagaus (Fn. 17), N 655 f.

<sup>26</sup> BGE 126 III 20, E. 3a/aa; BGE 110 II 283, E. 1; Emch/Renz/Arpagaus (Fn. 17), N 656 f.; Burg (Fn. 24), N 312.

<sup>27</sup> Heinrich Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 9. Aufl., Bern 2010, 399; Burg (Fn. 24), N 313; Fellmann (Fn. 24), N 430 zu Art. 398 OR; a.M. Rolf H. Weber/Thomas Iseli, Vertriebssträger im Finanzmarktrecht, Aufsicht, Selbstregulierung, Vertragsverhältnisse, Schweizer Schriften zum Finanzmarktrecht Bd. 89, Zürich/Basel/Genf 2008, N 185, die den Depotvertrag als Hinterlegungsvertrag qualifizieren.

<sup>28</sup> Vgl. BGE 4A\_168/2008 vom 11. Juni 2008, E. 2.1; Matthias Trautmann/Hans Caspar von der Crone, Die Know-Your-Customer-Rule im Vermögensverwaltungsauftrag, in: Rolf Sethe (Hrsg.), Anlegerschutz im Finanzmarktrecht kontrovers diskutiert, Schweizer Schriften zum Finanzmarktrecht Bd. 108, Zürich 2013, 133 ff., 134 f.; Susan Emmenegger/Rahel Good, Anlegerschutz in der Vermögensverwaltung und Anlageberatung, in: Sethe (Fn. 28), 85 ff., 88.

<sup>29</sup> BGE 138 III 755, E. 4.2; BGE 132 III 460, E. 4.1; Trautmann/von der Crone (Fn. 28), 135; Weber/Iseli (Fn. 27), N 133; Burg (Fn. 24), N 52.

<sup>30</sup> BGE 133 III 97, E. 5.2, m.w.H.; Rashid Bahar/Eric Stupp, Basler Kommentar zum Börsengesetz und Finanzmarktaufsichtsgesetz, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt (Hrsg.), 2. Aufl., Basel 2011, N 6 zu Art. 11 BEHG.

<sup>31</sup> Vgl. Trautmann/von der Crone (Fn. 28), 155 f., wonach sich die Sorgfaltspflichten beim Vermögensverwaltungsvertrag bereits aus dem Auftragsrecht ergeben.

## 1.2 Finanzmarktrechtliche Normen

Das Finanzmarktrecht ist sektorspezifisch in verschiedene Spezialgesetze fragmentiert, welche einzeln zu prüfen sind. Für die Kontoeröffnung kommt das Bankengesetz zur Anwendung, wonach die gewerbmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen einer Bankbewilligung bedarf.<sup>32</sup> Eine zentrale Bewilligungsvoraussetzung stellt die «Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit» dar, welche während der gesamten Banktätigkeit eingehalten werden muss.<sup>33</sup> Nach dem Gesetzeswortlaut richtet sich das Gewährskriterium an natürliche Personen. Darüber hinaus ist auch die Bank als Institut Gewährsträgerin.<sup>34</sup> Inhaltlich erfordert das Gewährskriterium sowohl fachliche Kompetenz als auch ein korrektes Verhalten im Geschäftsverkehr. Letzteres bedeutet in erster Linie die Beachtung der Rechtsordnung, d.h. Gesetze und Verordnungen, Vorschriften und Praxis der Aufsichtsbehörde, Standesregeln, interne Richtlinien sowie vertragliche Verpflichtungen gegenüber Kunden.<sup>35</sup>

Die Vermögensverwaltung an sich ist bewilligungsfrei. Dies gilt für den unabhängigen Vermögensverwalter, der unabhängig von einer Bank oder einem anderen beaufsichtigten Finanzintermediär Vermögen verwaltet.<sup>36</sup> Die unabhängigen Vermögensverwalter werden lediglich von der Geldwäschereigesetzgebung erfasst.<sup>37</sup> Zusätzliche aufsichtsrecht-

liche Vorgaben bestehen für die prudenziell beaufsichtigten Finanzintermediäre. So müssen die Bewilligungsträger nach BankG, BEHG oder KAG neben den gesetzlichen Bewilligungsvoraussetzungen die Verhaltensregeln der jeweiligen Geschäftsfelder einhalten.<sup>38</sup> Entsprechend muss die Vermögensverwalterin, welche über eine Effektenhändlerbewilligung verfügt, die Verhaltenspflichten nach Art. 11 BEHG beachten.<sup>39</sup> Zudem sind die von der FINMA als Mindeststandards anerkannten Selbstregulierungen verbindlich, denen sich die Beaufsichtigten unterstellen müssen.<sup>40</sup> Zu erwähnen sind hierbei insbesondere die Richtlinien der Schweizerischen Bankiervereinigung zur Vermögensverwaltung oder die Schweizerischen Standesregeln für die Ausübung der unabhängigen Vermögensverwaltung des Verbands Schweizerischer Vermögensverwalter (VSV).<sup>41</sup>

## 1.3 Verhältnis von Privatrecht und Aufsichtsrecht

### 1.3.1 Wechselseitige Beeinflussung der Normen

Der vorliegende Fall illustriert beispielhaft das Aufeinandertreffen von zivilrechtlichen Vertragsverhältnissen mit aufsichtsrechtlichen Normen. Dabei lässt sich eine wechselseitige Beeinflussung der Normen beobachten. Ein Beispiel stellen die erwähnten Standesregeln des Verbands Schweizerischer Vermögensverwalter (VSV) dar. Diese können gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung «als Ausdruck einer Berufsausübung zur Auslegung und Ergänzung eines Vertrags beigezogen werden».<sup>42</sup> Die in Standesregeln definierten Sorgfaltspflichten können somit insbesondere für den auftrags-

<sup>32</sup> Art. 1 Abs. 2 BankG i.V.m. Art. 3a BankV.

<sup>33</sup> Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG; BGE 108 Ib 196, E. 2b; *Christoph Winzeler*, Basler Kommentar zum Bankengesetz, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Thomas Bauer/Christoph Winzeler (Hrsg.), 2. Aufl., Basel 2013, N 2 zu Art. 3 BankG.

<sup>34</sup> BGE 119 IV 28, E. 3 f.; EBK-Bulletin 41/2000, 19; *Winzeler* (Fn. 33), N 23 zu Art. 3 BankG; *Nobel* (Fn. 17), § 8 N 83.

<sup>35</sup> BGE 2A.261/2004 vom 27. Mai 2004, E. 1; BVGE 2010/39, E. 4.1.3; BVGE 2008/23, E. 3.1; EBK-Bulletin 41/2000, 19.

<sup>36</sup> *Franca Contratto*, Verhaltensregeln für unabhängige Vermögensverwalter nach FINMA-Rundschreiben 2009/1, Nährboden für strukturelle Vollzugsdefizite?, SZW 5/2010, 341 ff., 341; *Mario A. Bassi*, Der bankunabhängige Vermögensverwalter, Analyse des Handlungsbedarfs einer möglichen Aufsicht unter Berücksichtigung des amerikanischen und englischen Rechts, Diss. Zürich 1996 = SSBd Bd. 44, 62.

<sup>37</sup> Art. 2 Abs. 3 GwG; *Emmenegger/Good* (Fn. 28), 93; *Contratto* (Fn. 36), 349; vgl. FINMA-RS 09/1, «Eckwerte zur Vermögensverwaltung», erhältlich unter <[\*anhoeerung-rs-09-01-20130207-d.pdf\*](http://www.finma.ch/d/regulierung/anhoeerungen/Documents/eb-</a></p>
</div>
<div data-bbox=)>, zuletzt besucht am 14. November 2013, 4.

<sup>38</sup> Vgl. FINMA-RS 09/1 (Fn. 37), N 3; *Emmenegger/Good* (Fn. 28), 93.

<sup>39</sup> *Trautmann/von der Crone* (Fn. 28), 155 f.

<sup>40</sup> FINMA-RS 08/10, «Selbstregulierung als Mindeststandard», erhältlich unter <<http://www.finma.ch/d/regulierung/Documents/finma-rs-2008-10-d.pdf>>, zuletzt besucht am 14. November 2013, N 12, Fn. 11.

<sup>41</sup> Schweizerische Bankiervereinigung, Richtlinien für Vermögensverwaltungsaufträge, erhältlich unter <[http://www.swissbanking.org/20100504-3200-all-rl\\_vermoegensverwaltungsauftraege\\_web-cwe.pdf](http://www.swissbanking.org/20100504-3200-all-rl_vermoegensverwaltungsauftraege_web-cwe.pdf)>, zuletzt besucht am 14. November 2013; Verband Schweizerischer Vermögensverwalter (VSV), Schweizerische Standesregeln, erhältlich unter <[http://www.vsv-asg.ch/uploads/file/Selbstregulierung/deutsch/VSV\\_Standesregeln\\_D.pdf](http://www.vsv-asg.ch/uploads/file/Selbstregulierung/deutsch/VSV_Standesregeln_D.pdf)>, zuletzt besucht am 14. November 2013.

<sup>42</sup> BGE 132 III 460, E. 4.3.

rechtlichen Sorgfaltsmassstab von massgebender Bedeutung sein.<sup>43</sup> Umgekehrt setzt beispielsweise die bankenrechtliche Bewilligungsvoraussetzung der «Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit» auch an der Einhaltung der vertraglichen Verpflichtungen gegenüber Kunden und damit am Privatrecht an.<sup>44</sup> Dies wird jedoch von der FINMA entsprechend der wirtschaftspolizeilichen Zielsetzung des Finanzmarktrechts ausgelegt. Bestandteil des Erfordernisses der einwandfreien Geschäftstätigkeit sei die «systematische Einhaltung der massgebenden zivilrechtlichen Pflichten durch die Beaufsichtigten».<sup>45</sup> Somit stellt nicht jede Vertragsverletzung automatisch die Voraussetzung der Gewähr in Frage.

### 1.3.2 Konzeptionelle Erfassung des Verhältnisses

Es stellt sich die Frage, wie das Verhältnis von Zivilrecht und Aufsichtsrecht konzeptionell erfasst werden kann. In der Lehre wurden verschiedene theoretische Modelle entwickelt, welche Gegenstand des aktuellen rechtswissenschaftlichen Diskurses sind.<sup>46</sup> Nachfolgend werden vier Modelle diskutiert.<sup>47</sup>

Nach der Theorie des «Gleichlaufs von Zivilrecht und Aufsichtsrecht» konkretisieren die aufsichtsrechtlichen Regeln lediglich die privatrechtlichen Rechte und Pflichten im öffentlichen Recht. Entsprechend kann die privatrechtliche Auslegung auch auf die aufsichtsrechtliche Norm angewendet werden. Umgekehrt führt die Weiterentwicklung des Aufsichtsrechts zu einer entsprechenden Änderung im Privatrecht. Diese Theorie führt zu einer weitgehenden Identität zwischen Aufsichtsrecht und Privatrecht.<sup>48</sup> Problematisch an dieser Auffassung ist, dass in der Konsequenz die Zivilgerichte in der Auslegung des Privatrechts an die Auslegung und Fortentwicklung des Aufsichtsrechts gebunden werden.<sup>49</sup>

Das Zivilrecht könnte dadurch vom Aufsichtsrecht «ausgehöhlt» werden.<sup>50</sup> Die Theorie des «Gleichlaufs von Zivilrecht und Aufsichtsrecht» wird damit dem unterschiedlichen Regelungsziel von Privatrecht und Aufsichtsrecht nicht gerecht, welche die Möglichkeit von Unterschieden zwischen den beiden Normenkomplexen erfordert.

Die Theorie der «zivilrechtlichen Priorität» statuiert den Vorrang der privatrechtlichen Normen gegenüber den allenfalls widersprechenden aufsichtsrechtlichen Normen. Was zivilrechtlich zulässig sei, könne aufsichtsrechtlich nicht rechtswidrig sein.<sup>51</sup> Diese Theorie hat den Vorteil der Klarheit und Einfachheit. Allerdings bedeutet dieses einseitige Primat des Privatrechts letztlich, dass der Gesetzgeber aufsichtsrechtlich nicht in das privatrechtliche Verhältnis eingreifen kann und auch die Aufsichtsbehörde an das Zivilrecht gebunden ist. Dies ist allein schon aufgrund der Gewaltenteilung nicht haltbar. Zudem wird die Theorie durch die einseitige Abstellung auf das Privatrecht der wechselseitigen Beeinflussung von Privat- und Aufsichtsrecht nicht gerecht.<sup>52</sup> Durch die isolierte Betrachtung des Privatrechts bietet es kein Konzept zur Erfassung der gegenseitigen Auswirkungen.

Die bereits erwähnte Theorie der «Doppelnorm» gesteht einigen aufsichtsrechtlichen Normen auch zivilrechtliche Anwendbarkeit zu. Der Anwendungsbereich dieser Theorie ist daher von vornherein auf diese Normen beschränkt und hilft nicht für das Verhältnis eigenständig kodifizierter privatrechtlicher und aufsichtsrechtlicher Normen. Das Konzept der Doppelnorm ist von Rechtsprechung und Lehre beispielsweise für Art. 11 BEHG anerkannt.<sup>53</sup> Die Theorie verliert an Klarheit, wenn man berücksichtigt, dass sowohl Zivilgerichte als auch Aufsichtsbehörden die Vorschriften eigenständig auslegen und ihre Entscheide gegenseitig nicht verbindlich sind.<sup>54</sup> Es muss daher keine inhaltliche Übereinstimmung der zivilrechtlichen und der aufsichtsrechtlichen Seite der Norm vorliegen.<sup>55</sup> Eine divergierende Auslegung kann sich insbesondere aus den unterschiedlichen

<sup>43</sup> Trautmann/von der Crone (Fn. 28), 159.

<sup>44</sup> Vgl. BGE 108 Ib 196, E. 2b; BVGE 2008/23, E. 3.1.

<sup>45</sup> FINMA-Mitteilung 41 (2012), «Aufsichtsrechtliche Massnahmen – Retrozessionen», erhältlich unter <<http://www.finma.ch/d/finma/publikationen/Lists/ListMitteilungen/Attachments/54/finma-mitteilung-41-2012-d.pdf>>, zuletzt besucht am 14. November 2013, 5.

<sup>46</sup> Siehe Rolf Sethe, Aufsichtsrecht der Vermögensverwaltung, in: Frank A. Schäfer/Rolf Sethe/Volker Lang (Hrsg.), Handbuch der Vermögensverwaltung, München 2010, § 4 N 247 ff.; Weber (Fn. 19), 405 ff.

<sup>47</sup> Zum Ganzen siehe Sethe (Fn. 46), § 4 N 247 ff.

<sup>48</sup> Sethe (Fn. 46), § 4 N 251, m.w.H.

<sup>49</sup> Sethe (Fn. 46), § 4 N 253.

<sup>50</sup> Weber (Fn. 19), 411.

<sup>51</sup> Sethe (Fn. 46), § 4 N 258 f.; vgl. Weber (Fn. 19), 410.

<sup>52</sup> Vgl. Sethe (Fn. 46), § 4 N 258 f.; Weber (Fn. 19), 410.

<sup>53</sup> BGE 133 III 97, E. 5.2, m.w.H.; Bahar/Stupp (Fn. 30), N 6 zu Art. 11 BEHG.

<sup>54</sup> Vgl. Wiederkehr/Richli (Fn. 21), N 254.

<sup>55</sup> Vgl. Sethe (Fn. 46), § 4 N 254; Weber (Fn. 19), 410 f.



Perspektiven des Zivilgerichts und der Aufsichtsbehörde ergeben. Während das Zivilgericht über einzelfallbezogene Schadenersatzansprüche entscheidet, verfolgt die Aufsicht das Ziel einer präventiven Verhaltenssteuerung.<sup>56</sup> Die zivilrechtliche und aufsichtsrechtliche Seite der Norm haben somit keine eigenständige gesetzliche Grundlage, aber allenfalls eine eigenständige Bedeutung. Damit ist für das Verhältnis von Zivil- und Aufsichtsrecht wenig gewonnen.<sup>57</sup>

Die Theorie der «Ausstrahlungswirkung» anerkennt, dass den privatrechtlichen und aufsichtsrechtlichen Normen jeweils eigenständige Bedeutung zukommt. Nach dieser Theorie sind die beiden Normensysteme jedoch nicht isoliert zu betrachten. Vielmehr beeinflussen sie sich gegenseitig in der Auslegung.<sup>58</sup> Die Theorie wird als vage kritisiert, da sich im Voraus die «Ausstrahlung» nicht abschätzen lasse.<sup>59</sup> In der Tat bestimmt diese Theorie die «Ausstrahlung» nicht näher und kann damit zu einer Vielzahl unterschiedlicher Ergebnisse führen. So kann nach dieser Theorie das Aufsichtsrecht zur Auslegung des Privatrechts beigezogen werden oder umgekehrt das Privatrecht zur Auslegung des Aufsichtsrechts oder sie werden unabhängig voneinander ausgelegt. Unseres Erachtens werden sich keine allgemeingültigen Kriterien zu Richtung und Intensität der Beeinflussung definieren lassen. Vielmehr ergibt sich die «Ausstrahlung» zwischen den Rechtsnormen erst durch die Rechtsanwendung der Zivilgerichte und Aufsichtsbehörden im zivil- und aufsichtsrechtlichen Verfahren, welche nachfolgend dargestellt werden.

## 2. Verhältnis von Aufsichts- und Zivilverfahren

### 2.1 Grundsatz der Trennung der Verfahren

Die materielle Zuordnung der Rechtsnormen zum Privatrecht oder zum öffentlich-rechtlichen Finanzmarktrecht ist entscheidend für das Verfahren. Aus dem Zivilrecht entstehende Forderungen sind auf dem Weg des Zivilprozesses geltend zu ma-

chen.<sup>60</sup> Demgegenüber unterstehen die öffentlich-rechtlichen Normen dem Verwaltungsverfahren und werden von den Verwaltungsbehörden von Amtes wegen vollzogen.<sup>61</sup> Zu erwähnen ist hierbei insbesondere die FINMA als unabhängige Aufsichtsbehörde.<sup>62</sup>

Ein Spezialfall stellen, auch verfahrensmässig, die Doppelnormen dar. Ihr Doppelcharakter führt dazu, dass sie je nach Konstellation dem zivilrechtlichen oder dem öffentlich-rechtlichen Verfahren unterstehen. Eine Doppelnorm kann sowohl von den Vertragsparteien angerufen als auch von den Verwaltungsbehörden von Amtes wegen angewendet werden.<sup>63</sup> Dabei sind die Entscheide des Zivilgerichts und der Verwaltungsbehörde gegenseitig nicht verbindlich.<sup>64</sup>

Diese Trennung zwischen dem zivilprozessualen und dem verwaltungsrechtlichen Verfahrensweg wird vom Bundesgericht im vorliegenden Entscheid unterstrichen.<sup>65</sup> Das Bundesgericht führt aus, die Finanzmarktaufsicht sei eine wirtschaftspolizeiliche Aufgabe. Daran ändere der Zweck des Einlegerschutzes nichts. In der Ausübung ihrer Tätigkeit, insbesondere in der Wahl der Aufsichtsinstrumente, habe die FINMA einen relativ weiten Ermessensspielraum.<sup>66</sup> Entsprechend könne aus dem gesetzgeberischen Auftrag von Art. 31 FINMAG zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes kein Anspruch der Anleger oder Gläubiger auf ein Tätigwerden der FINMA abgeleitet werden. Die FINMA sei nicht befugt, «anstelle der zuständigen Zivilgerichte über zivilrechtliche Ansprüche Dritter gegen die Bank zu entscheiden».<sup>67</sup> Die fehlende Zuständigkeit der FINMA zum Entscheid über zivilrechtliche Ansprüche und damit die Trennung der

<sup>56</sup> *Sethe* (Fn. 46), § 4 N 255; vgl. *Weber* (Fn. 19), 410, Fn. 44; *Kilgus* (Fn. 15), N 730 ff.

<sup>57</sup> Vgl. *Sethe* (Fn. 46), § 4 N 254, der das Konzept als «reines Glasperlenspiel» bezeichnet.

<sup>58</sup> *Sethe* (Fn. 46), § 4 N 255.

<sup>59</sup> *Weber* (Fn. 19), 410.

<sup>60</sup> BGE 139 II 279, E. 4.2.

<sup>61</sup> *Häfelin/Müller/Uhlmann* (Fn. 21), N 267.

<sup>62</sup> Vgl. Art. 1, 5 f. und 21 FINMAG; BGE 126 II 111, E. 3a; weitere Aufsichtsorgane sind insbesondere das Bundesamt für Sozialversicherung, die Schweizerische Nationalbank und Selbstregulierungsorganisationen wie beispielsweise die Börsen, vgl. *Nobel* (Fn. 17), § 1 N 68.

<sup>63</sup> BGE 133 III 97, E. 5.2; *Häfelin/Müller/Uhlmann* (Fn. 21), N 271; vgl. *Wiederkehr/Richli* (Fn. 21), N 254.

<sup>64</sup> *Wiederkehr/Richli* (Fn. 21), N 254.

<sup>65</sup> BGE 139 II 279, E. 4.2.

<sup>66</sup> BGE 139 II 279, E. 4.2; vgl. BGE 131 II 306, E. 3.1.2; BVGer B-3311/2012 vom 13. Dezember 2012, E. 2, welche den Ermessensspielraum als «technisches Ermessen» bezeichnen.

<sup>67</sup> BGE 139 II 279, E. 4.2.

Verfahren zeigt sich auch in den Erwägungen des Bundesgerichts zur Einziehung nach Art. 35 FINMAG. Diese setze «unbestrittene oder gerichtlich festgestellte Schadenersatzansprüche» voraus.<sup>68</sup>

## 2.2 Gegenseitige Beeinflussung der Verfahren

Die genannte Aufteilung der Verfahren entlang der materiellen Abgrenzung von Privatrecht und öffentlichem Recht bedeutet jedoch nicht, dass zwischen ihnen keine gegenseitige Beeinflussung stattfinden kann. Wie nachfolgend gezeigt wird, können sich die Verfahren über den Sachverhalt, das materielle Recht oder die Vollstreckung beeinflussen.

### 2.2.1 Sachverhaltsebene

Eine Beeinflussung der Verfahren kann auf der Sachverhaltsebene stattfinden. So ist das Aufsichtsverfahren der FINMA geprägt von der Untersuchungsmaxime.<sup>69</sup> Der Beauftragte unterliegt zudem umfangreichen Mitwirkungspflichten.<sup>70</sup> Entsprechend hat die FINMA weitgehende Befugnisse bei der Erforschung des Sachverhaltes. Diese Erkenntnisse können Eingang in das Zivilverfahren finden. Wie *Emmenegger* und *Thévenoz* aufzeigen, wurde in verschiedenen zivilrechtlichen Verfahren massgeblich auf den im Aufsichtsverfahren erstellten Sachverhalt abgestellt. Der FINMA komme daher die Rolle des «*fact finders*» im Zivilprozess zu.<sup>71</sup> Umgekehrt kann ein Privater Anzeige erstatten und dabei Dokumente in das Aufsichtsverfahren einbringen, wie dies im vorliegenden Fall geschehen ist.

### 2.2.2 Materielles Recht

Ein Einfluss zwischen den Verfahren kann auch über die materiellen Rechtsnormen erfolgen. Wie vorne aufgezeigt wurde, beeinflussen sich Privatrecht und Aufsichtsrecht gegenseitig. Dies führt in den Verfahren zu einem entsprechenden wechselseitigen Einfluss in der Anwendung dieser Normen. Über das materielle Recht findet daher indirekt eine Beeinflussung der Verfahren statt. Dies zeigt sich deutlich bei der Auslegung von Doppelnormen.

Auch wenn die Verwaltungsbehörden und Zivilgerichte gegenseitig nicht an die Auslegung gebunden sind, liegt es nahe, dass sie gegenseitig ihre Praxis bei der Auslegung berücksichtigen.<sup>72</sup>

### 2.2.3 Vollstreckung

Schliesslich kann das Verwaltungsverfahren der Vollstreckung zivilrechtlicher Urteile dienen. Eine Möglichkeit stellt die Einziehung nach Art. 35 FINMAG dar, welche wie erwähnt unbestrittene oder gerichtlich festgestellte Schadenersatzansprüche voraussetzt. Ein weiteres Beispiel stellt die Reaktion der FINMA auf den bundesgerichtlichen Entscheid über die Retrozessionen dar.<sup>73</sup> In einer Mitteilung erliess die FINMA aufsichtsrechtliche Massnahmen mit der Begründung, die Einhaltung der vertraglichen Pflichten durch die Banken müsse gewährleistet sein.<sup>74</sup> Insbesondere wurden die Banken verpflichtet, mit allen potentiell betroffenen Kunden Kontakt aufzunehmen und sie über den Entscheid in Kenntnis zu setzen.<sup>75</sup> Damit erleichterte die FINMA den Bankkunden die Durchsetzung ihrer privatrechtlichen Ansprüche.

Es ist daher dem Fazit des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts zuzustimmen, wonach das aufsichtsrechtliche Verfahren allenfalls die Rahmenbedingungen verbessert, um zivilrechtliche Forderungen durchzusetzen.<sup>76</sup> Das Bundesgericht formuliert einschränkend, die Rahmenbedingungen würden «mithin höchstens» verbessert, womit es deutlich macht, dass dies nicht der Zweck des Aufsichtsverfahrens darstellt, sondern nur dessen Wirkung.

### 2.2.4 Prozedurale Bestimmung der «Ausstrahlung»

Es zeigt sich, dass sowohl das Zivilgericht als auch die Aufsichtsbehörde nicht daran vorbeikommen.

<sup>68</sup> BGE 139 II 279, E. 4.3.3, m.w.H.

<sup>69</sup> Art. 53 FINMAG i.V.m. Art. 12 VwVG.

<sup>70</sup> Art. 25 und Art. 29 FINMAG; BVGer B-3311/2012 vom 13. Dezember 2012, E. 3.5.

<sup>71</sup> *Susan Emmenegger/Luc Thévenoz*, Das schweizerische Bankprivatrecht 2012–2013, SZW 4/2013, 309 ff., 314.

<sup>72</sup> Vgl. ZR 106 (2007) Nr. 57, E. 9.1.3, wonach die auftragsrechtliche Informationspflicht durch Art. 11 Abs. 1 lit. a i.V.m. Abs. 2 BEHG präzisiert werde.

<sup>73</sup> BGE 138 III 755; *Natalia Neuman/Hans Caspar von der Crone*, Herausgabepflicht für Bestandespflegekommissionen im Auftragsrecht, Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts 4A\_127/2012 und 4A\_141/2012 vom 30. Oktober 2012 in Sachen Bank X und Kunde A, SZW 1/2013, 101 ff.

<sup>74</sup> FINMA-Mitteilung 41 (Fn. 45), 5.

<sup>75</sup> FINMA-Mitteilung 41 (Fn. 45), 5.

<sup>76</sup> BGE 139 II 279, E. 4.2; BVGer B-3311/2012 vom 13. Dezember 2012, E. 3.4.

men, sich in der Rechtsanwendung gegenseitig zu berücksichtigen. Diese Berücksichtigung des anderen Normenkomplexes oder «Ausstrahlung» wird durch das Zivilgericht und die Aufsichtsbehörde anhand ihrer unterschiedlichen Perspektiven vorgenommen.

Das Rechtsverhältnis zwischen Kunde und Bank ist primär privatrechtlicher Natur und die Durchsetzung von Ansprüchen zwischen Kunde und Bank hat auf dem Weg des Zivilprozesses zu erfolgen. Das Zivilgericht nimmt dabei eine stark einzelfallorientierte Perspektive ein. Es orientiert sich primär am Privatrecht, muss jedoch auch das Aufsichtsrecht, insbesondere bei der Bestimmung des Sorgfaltsmassstabs, berücksichtigen.

Demgegenüber nimmt die Aufsichtsbehörde eine wirtschaftspolizeiliche Aufgabe wahr. Aufgrund des verfassungsmässigen Grundentscheids für eine freie, marktorientierte Wirtschaftsordnung ist ihr aufsichtsrechtliches Eingreifen in das privatrechtliche Vertragsverhältnis nur dort gerechtfertigt, wo ein Marktversagen vorliegt.<sup>77</sup> Die einzelnen privatrechtlichen Auseinandersetzungen spielen daher aufsichtsrechtlich nur eine untergeordnete Rolle.<sup>78</sup> Allerdings bedingt der Funktionsschutz auch einen Individualschutz. Sofern bei den zivilrechtlichen Vertragsverhältnissen in einer aggregierten Betrachtung ein Marktversagen feststellbar ist und daher wirtschaftspolizeiliche Schutzgüter bedroht sind, ist die Aufsichtsbehörde zum Eingreifen legitimiert und verpflichtet. Zur Behebung der systemischen Probleme kann die FINMA die aufsichtsrechtlichen Standards anpassen. Bei Banken kann der Eingriff insbesondere über den Gewährartikel erfolgen, wie das Beispiel der FINMA-Mitteilung zu den Retrozessionen zeigt. Änderungen können auch vom Gesetzgeber ausgehen, der zur Lösung eines Problems in den Vertragsbeziehungen sowohl die privatrechtlichen als auch die aufsichtsrechtlichen Normen revidieren kann.

Aufgrund der verfassungsrechtlichen Vorgaben haben sowohl die Aufsichtsbehörden als auch der Gesetzgeber für ein Eingreifen in privatrechtliche Verhältnisse eine Begründungspflicht. Sie müssen den Eingriff durch ein Marktversagen rechtfertigen und haben sich an den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu halten.<sup>79</sup> Im Sinne der Erforderlichkeit dürfen sie nur so weit in das Privatrechtsverhältnis eingreifen, als es zur Behebung des Marktversagens erforderlich ist.

### 2.3 Einsicht des Dritten in das Aufsichtsverfahren

Aufgrund der möglichen Auswirkungen des Aufsichtsverfahrens auf das Zivilverfahren können Private zur Stärkung ihrer zivilrechtlichen Position ein Interesse haben, Einsicht in das Aufsichtsverfahren zu erhalten. Die Akteneinsicht ist Teil des rechtlichen Gehörs, welches verwaltungsrechtlich an die Parteistellung geknüpft und daher den Parteien vorbehalten ist.<sup>80</sup> Im Aufsichtsverfahren vor der FINMA kommt vorab der beaufsichtigten Bank als Verfügungsadressatin Parteistellung zu.<sup>81</sup> Demgegenüber ist der Bankkunde in der Stellung eines Dritten, welcher nur unter restriktiven Voraussetzungen eine Parteistellung erlangen kann. Für die Zuerkennung einer Parteistellung muss der Dritte «besonders berührt» sein und überdies ein «schutzwürdiges Interesse» haben (Art. 6 i.V.m. Art. 48 VwVG). Sowohl das Bundesgericht als auch das Bundesverwaltungsgericht halten fest, diese Kriterien seien wenig dogmatisch und könnten nicht schematisch angewendet werden. Nach den Worten des Bundesgerichts muss der Dritte glaubhaft nachweisen, «dass und inwiefern seine Rechte als Anleger konkret gefährdet und verletzt sind und er deshalb ein eigenes, unmittelbar schutzwürdiges Interesse an einer aufsichtsrechtlichen Untersuchung oder an einer bestimmten Massnahme hat».<sup>82</sup> Sowohl das Bundesgericht als auch das Bundesverwaltungsgericht führen mehrere Beispiele auf. Eine Anzeige allein genüge mangels

<sup>77</sup> Art. 27 i.V.m. Art. 36 und Art. 94 ff. BV; vgl. *Hans Caspar von der Crone/Jan Hoffmann*, Revision Börsendelikte und Marktmissbrauch, Der Entwurf zur Änderung des Börsengesetzes, SZW 6/2011, 533 ff., 534, m.w.H.; *Kilgus* (Fn. 15), N 360 ff.; *Weber* (Fn. 19), 412, der das Erfordernis des Marktversagens mit dem Subsidiaritätsprinzip begründet.

<sup>78</sup> Demgegenüber übt sie eine teils einzelfallorientierte Aufgabe bei der Überwachung und Durchsetzung der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen aus.

<sup>79</sup> Vgl. Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 Abs. 3 BV.

<sup>80</sup> Art. 53 FINMAG i.V.m. Art. 6 und Art. 26 VwVG; Art. 29 Abs. 2 BV; BGE 130 II 521, E. 2.8; *Bernhard Waldmann*, Das rechtliche Gehör im Verwaltungsverfahren, in: *Isabelle Häner/Bernhard Waldmann* (Hrsg.), *Das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren*, IDÉ Bd. 3, Zürich/Basel/Genf 2008, 55 ff., 59.

<sup>81</sup> Vgl. BGE 124 V 393, E. 2a.

<sup>82</sup> Vgl. BGE 139 II 279, E. 2.3.

schützenswertem Interesse ebenso wenig zur Erlangung einer Parteistellung<sup>83</sup> wie das Interesse, Beweismittel für ein Zivil- oder Strafverfahren zu erlangen.<sup>84</sup> Auch der Antrag auf eine Einziehung nach Art. 35 FINMAG genüge nicht, sofern die Schadenersatzansprüche nicht unbestritten oder gerichtlich festgestellt worden seien.<sup>85</sup>

Fasst man die Erwägungen der Gerichte zusammen, wird für die Parteistellung letztlich vorausgesetzt, dass der Dritte glaubhaft macht, dass im Verwaltungsverfahren mit einer ihn direkt begünstigenden Massnahme der FINMA gerechnet werden kann. Da die FINMA jedoch ein sehr weitgehendes Ermessen in ihrer Tätigkeit hat und kein Anspruch des Privaten auf eine bestimmte Massnahme besteht, ist dies sehr schwierig zu begründen. Es ist daher für den Bankkunden nahezu unmöglich, eine Parteistellung im Aufsichtsverfahren zu erhalten.

Ausserhalb einer Parteistellung gibt es für den Dritten kaum eine Möglichkeit, Einsicht in die Akten des Aufsichtsverfahrens zu erhalten. Zwar erwägt das Bundesverwaltungsgericht in einem *obiter dictum*, ob die FINMA allenfalls gehalten wäre, die Anzeiger gestützt auf allgemeine Verfahrensgrundsätze über die Eröffnung oder Nichteröffnung einer aufsichtsrechtlichen Untersuchung zu informieren.<sup>86</sup> Dabei benennt es die Verfahrensgrundsätze nicht. In Frage kommt in erster Linie der Verfahrensgrundsatz des rechtlichen Gehörs. Da der Anspruch auf rechtliches Gehör jedoch an der Parteistellung anknüpft, kann kein Informationsrecht des Anzeigers ohne Parteistellung abgeleitet werden. Spezialgesetzlich enthält das FINMAG Bestimmungen über die Information der Öffentlichkeit. So ist die FINMA nach Art. 22 Abs. 1 FINMAG verpflichtet, über ihre Aufsichtstätigkeit und Aufsichtspraxis zu informieren. Gestützt darauf publiziert die FINMA unter anderem regelmässig rechtskräftige Entscheide in anonymisierter Form in ihren Bulletins. Ausnahmsweise kann die FINMA die Öffentlichkeit über einzelne Verfahren orientieren, sofern ein aufsichtsrechtliches Bedürfnis besteht (Art. 22 Abs. 2 FINMAG). Schliesslich kann die FINMA ihre Endverfügung

nach Eintritt der Rechtskraft veröffentlichen bei einer schweren Verletzung einer aufsichtsrechtlichen Bestimmung (Art. 34 FINMAG). Dabei handelt es sich um ein Aufsichtsinstrument, welches den Zweck des «*naming and shaming*» verfolgt.<sup>87</sup> Diese Bestimmungen zeigen, dass die Information der Öffentlichkeit durch die FINMA Teil ihrer wirtschaftspolizeilichen Aufsichtstätigkeit ist, in der ihr ein relativ weiter Ermessensspielraum zukommt.<sup>88</sup> Es ist daher Grünewald zuzustimmen, dass sich weder im FINMAG noch im VwVG eine rechtliche Grundlage für ein Informationsrecht des Anzeigers im aufsichtsrechtlichen Verfahren findet.<sup>89</sup> Auch aus dem Öffentlichkeitsgesetz des Bundes kann kein Anspruch abgeleitet werden, da dieses aufgrund ausdrücklicher gesetzgeberischer Regelung für die FINMA nicht gilt (Art. 2 Abs. 2 BGÖ).

Es ist daher davon auszugehen, dass der Anzeiger *de lege lata* keinen Anspruch auf die Information hat, ob ein Verfahren durchgeführt wird und wann und wie das allfällige Verfahren endet. Nur falls die FINMA in Ausübung ihres Ermessens ausnahmsweise die Öffentlichkeit informiert, erhält er Informationen über das Verfahren. Im Gegensatz dazu kennt die Bank als Partei des Verfahrens die Ergebnisse des Aufsichtsverfahrens. Diese Informationsasymmetrie führt im Zivilprozess dazu, dass lediglich die Bank die Erkenntnisse des Aufsichtsverfahrens beispielsweise mittels Urkundenbeweis einbringen kann. Die Parteien haben somit unterschiedlich «lange Spiesse».

Diese Informationsasymmetrie zeigt unseres Erachtens die Bedeutung der Unabhängigkeit des Zivilverfahrens. Das Zivilgericht muss den ihm vorgebrachten Sachverhalt eigenständig beurteilen. Werden aufsichtsrechtliche Informationen durch den Finanzintermediär in den Zivilprozess eingebracht, so hat das Zivilgericht die Problematik einer einseitigen Information in der Beweiswürdigung zu berücksichtigen. Umgekehrt kann aus einem Fehlen aufsichtsrechtlicher Informationen nicht auf deren Inexistenz geschlossen werden.

<sup>83</sup> BGE 139 II 279, E. 2.3; BVGer B-3311/2012 vom 13. Dezember 2012, E. 3.1.

<sup>84</sup> BVGer B-3311/2012 vom 13. Dezember 2012, E. 3.5.

<sup>85</sup> BGE 139 II 279, E. 4.3.3.

<sup>86</sup> BVGer B-3311/2012 vom 13. Dezember 2012, E. 3.10; das Bundesgericht äussert sich hierzu nicht.

<sup>87</sup> Peter Ch. Hsu/Rashid Bahar/Silvia Renninger (Fn. 30), N 8 zu Art. 34 FINMAG.

<sup>88</sup> Vgl. vorne Kap. III.2.1.

<sup>89</sup> Grünewald (Fn. 16), 436.



### 3. Entwicklungen gemäss FIDLEG

Ausgehend von der These eines ungenügenden Kundenschutzes im geltenden Recht wurde im Frühling 2012 das Gesetzgebungsprojekt eines sektorübergreifenden Finanzdienstleistungsgesetzes (FIDLEG) gestartet.<sup>90</sup> Die möglichen Stossrichtungen des FIDLEG wurden am 18. Februar 2013 in einem Hearingbericht offengelegt. Geplant sind derzeit eine Vernehmlassung für April 2014 und das Inkrafttreten für Januar 2017.<sup>91</sup>

Zentraler Bestandteil des FIDLEG sollen sektorübergreifende Verhaltensregeln für sämtliche Finanzdienstleister darstellen.<sup>92</sup> Die Verhaltenspflichten sollen insbesondere die Informationspflichten, die Angemessenheits- und Eignungsprüfung sowie Dokumentationspflichten umfassen.<sup>93</sup> Damit werden bestehende privatrechtliche Pflichten, welche sich bereits aus dem auftragsrechtlichen Vertragsverhältnis ergeben, zusätzlich aufsichtsrechtlich geregelt.<sup>94</sup> Es ist davon auszugehen, dass diese Parallelität zu neuen Abgrenzungsfragen und Fragen gegenseitiger Beeinflussung von Privatrecht und Aufsichtsrecht führen wird, insbesondere vor dem Hintergrund, dass einheitliche Regeln für eine Vielzahl unterschiedlicher privatrechtlicher Vertragsverhältnisse geschaffen werden sollen. Unseres Erachtens widerspricht die detaillierte und umfassende aufsichtsrechtliche Regelung von vertraglichen Pflichten zum Schutz einer Vertragspartei der wirtschaftspolizeilichen Zielsetzung des Aufsichtsrechts. Ein Eingriff

in die privatrechtlichen Vertragsbeziehungen muss durch ein Marktversagen gerechtfertigt werden und darf gemäss dem Prinzip der Verhältnismässigkeit nur soweit erforderlich gehen.<sup>95</sup> Der Nachweis eines Marktversagens im schweizerischen Anlagewesen wurde unseres Erachtens entgegen den Berichten der FINMA und dem Hearingbericht noch nicht erbracht.<sup>96</sup> Diese Berichte vermögen nicht den empirischen Nachweis darzutun, dass Defizite im geltenden Recht zu einer substanziellen Anzahl von Fällen mit problematischem Ausgang geführt hätten. Dabei gilt es zu beachten, dass nach einer Finanzkrise aufgrund des gehäufteten Auftretens von Verlusten eher mit Schadenersatzansprüchen der Kunden zu rechnen ist als in Zeiten steigender Finanzmarktindizes, in welchen allfällige Verluste eher durch anderweitige Gewinne aufgewogen werden. Auch lässt sich nicht allein aus der Tatsache, dass eine grössere Zahl von Anlegern in Krisenzeiten Verluste erleidet, auf ein Marktversagen schliessen.<sup>97</sup> Sollte denn ein Marktversagen festgestellt werden können, so hätten die Eingriffe nach dem Grundsatz der Erforderlichkeit gezielt zu erfolgen und nicht mittels einer umfassenden aufsichtsrechtlichen Normierung der Vertragsbeziehung.

Ein weiteres Ziel des FIDLEG ist die Vereinfachung der Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche. Insbesondere ist eine Umkehr der Beweislast vorgesehen. Sofern ein Kunde eine Verletzung der Verhaltensregeln geltend macht, soll dem Finanzdienstleister die Beweislast obliegen, dass er sie eingehalten hat. Zudem soll dem Kunden das Recht auf Zustellung seines Dossiers innert 30 Tagen eingeräumt werden.<sup>98</sup> Zu begrüssen ist, dass dieser Ansatz dem vom Bundesgericht unterstrichenen Grundsatz folgt, dass privatrechtliche Forderungen über den Weg des Zivilprozesses zu verfolgen sind.<sup>99</sup> Allerdings ist fraglich, ob die geplante Regelung gegenüber der heutigen Rechtslage eine massgebende Vereinfachung für den Kunden darstellt, da bereits das geltende Recht im Einzelfall Beweiserleichterungen zulässt, so beispielsweise bei der Verletzung auftragsrechtlicher Erkundungs- und Dokumentationspflichten. Der Beauftragte muss aufgrund der Rechenschaftspflicht nach Art. 400

<sup>90</sup> Eidgenössisches Finanzdepartement, Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) vom 18. Februar 2013, erhältlich unter <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/31589.pdf>, zuletzt besucht am 14. November 2013, 1 f.; vgl. FINMA, Regulierung von Produktion und Vertrieb von Finanzprodukten an Privatkunden – Stand, Mängel und Handlungsoptionen (FINMA Vertriebsbericht 2010), erhältlich unter <http://www.finma.ch/d/regulierung/anhoeerungen/Documents/diskussionspapier-vertriebsregeln-20101110-d.pdf>, zuletzt besucht am 14. November 2013; FINMA, Regulierung der Produktion und des Vertriebs von Finanzprodukten (FINMA-Positionspapier Vertriebsregeln), erhältlich unter <http://www.finma.ch/d/finma/publikationen/Documents/pos-vertriebsregeln-20120224-d.pdf>, zuletzt besucht am 14. November 2013.

<sup>91</sup> Michael Rasch, Finma will Transparenz und Verhaltensregeln, NZZ vom 2. November 2013, 33.

<sup>92</sup> Eidgenössisches Finanzdepartement (Fn. 90), 4.

<sup>93</sup> Eidgenössisches Finanzdepartement (Fn. 90), 16 ff.

<sup>94</sup> Vgl. Trautmann/von der Crone (Fn. 28), 161 ff.; Emmenegger/Good (Fn. 28), 103.

<sup>95</sup> Siehe vorne Kap. III.2.2.4.

<sup>96</sup> Vgl. vorne Fn. 90.

<sup>97</sup> Vgl. Trautmann/von der Crone (Fn. 28), 167 f.

<sup>98</sup> Eidgenössisches Finanzdepartement (Fn. 90), 24.

<sup>99</sup> Vgl. Grünwald (Fn. 16), 437.



Abs. 1 OR lückenlos über Hintergründe und mögliche Ursachen eines Schadens aufklären. Gelingt ihm dies nicht, hat er hierfür einzustehen. Insofern erlaubt die gegenwärtige Gesetzeslage auf privatrechtlicher Grundlage eine Beweislastumkehr.<sup>100</sup> Aufgrund der umfassenden auftragsrechtlichen Rechenschaftspflicht und der zivilprozessualen Möglichkeit einer Stufenklage<sup>101</sup> ist auch die Einführung der Herausgabepflicht der Bank von beschränkter Wirkung. Ein Vorteil besteht allenfalls verfahrensrechtlich, wenn durch die Herausgabepflicht der Bank dem Kunden der Zugang zu Beweisen erleichtert wird. Allerdings ist auch hier zu beachten, dass im Auftragsrecht der Beauftragte «jederzeit» Rechenschaft ablegen muss. Zudem wird auch diese aufsichtsrechtlich statuierte Herausgabepflicht nichts an der Informationsasymmetrie zwischen dem Finanzintermediär und seinem Kunden bezüglich der Ergebnisse des Aufsichtsverfahrens ändern.

#### IV. Fazit

In das privatrechtliche Geschäftsverhältnis zwischen der Bank und ihren Kunden spielt eine zunehmende Zahl aufsichtsrechtlicher Normen hinein. Zwischen diesen Normen lässt sich eine wechselseitige Beeinflussung beobachten, was die Frage der konzeptionellen Erfassung aufwirft. Vielversprechend ist unseres Erachtens die Theorie der «Ausstrahlungswirkung», welche den privatrechtlichen und aufsichtsrechtlichen Normen eine jeweils eigenständige Bedeutung zuerkennt und zugleich mit der «Ausstrahlungswirkung» deren gegenseitige Beeinflussung erfasst. Allerdings lassen sich unseres Erachtens keine allgemeinen Kriterien zu Richtung und Intensität der Beeinflussung definieren. Vielmehr ergibt sich die «Ausstrahlung» durch die Rechtsanwendung der Zivilgerichte und Aufsichtsbehörden im jeweiligen Verfahren.

Die Trennung in das zivilrechtliche und verwaltungsrechtliche Verfahren erfolgt entsprechend der Unterscheidung des materiellen Rechts in Zivilrecht und öffentliches Recht. Diese klare prozessrechtliche Trennung hat das Bundesgericht im vorliegenden Urteil unterstrichen. Der Kunde hat seine privatrechtlichen Ansprüche auf dem Weg des Zivilpro-

zesses zu verfolgen. Demgegenüber dient das aufsichtsrechtliche Verfahren wirtschaftspolizeilichen Zielen und nicht dem Individualrechtsschutz der Kunden. Trotz dieser formellen Trennung ist eine gegenseitige Beeinflussung der Verfahren, insbesondere über den Sachverhalt, das materielle Recht oder die Vollstreckung, auszumachen.

Aufgrund der wechselseitigen Beeinflussung zwischen Zivilverfahren und Verwaltungsverfahren kann der Private ein Interesse an Informationen aus dem Verwaltungsverfahren haben. Allerdings haben Bankkunden aufgrund der formellen Trennung zwischen Zivilverfahren und Verwaltungsverfahren kaum Chancen auf eine Parteistellung in diesem Verfahren und daran anknüpfend auf Akteneinsicht. Dies kann für sie negative Konsequenzen für den Zivilprozess haben. Da der Beaufsichtigte als Partei vollen Zugang zu den Informationen des Aufsichtsverfahrens hat, resultiert eine asymmetrische Informationslage zwischen ihm und seinem Kunden. Allfällige positive Ergebnisse aus dem Aufsichtsverfahren können von diesem als Beweismittel in den Zivilprozess eingebracht werden. Dies unterstreicht die Bedeutung einer eigenständigen Beurteilung des Sachverhalts durch das Zivilgericht, welches sich der Problematik bewusst sein sollte.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass sowohl das Zivilgericht als auch die Aufsichtsbehörde trotz der prozessualen Trennung nicht daran vorbeikommen, sich in der Rechtsanwendung gegenseitig zu berücksichtigen. Diese Berücksichtigung oder «Ausstrahlung» wird durch das Zivilgericht und die Aufsichtsbehörde anhand ihrer unterschiedlichen Perspektiven vorgenommen. Während das Zivilgericht einzelfallorientiert über Ansprüche zwischen Kunde und Bank entscheidet, sind die zivilrechtlichen Auseinandersetzungen für die FINMA grundsätzlich irrelevant. Erst wenn eine Vielzahl privatrechtlicher Verfahren mit problematischem Ausgang auf ein Versagen der gesetzlichen Regelung und damit ein Marktversagen hindeuten, ist ein verhältnismässiges Eingreifen angezeigt. Dieser Nachweis wurde im Vorfeld des Gesetzgebungsprojekts FIDLEG nicht erbracht, weshalb die Voraussetzung für ein regulatorisches Eingreifen nicht gegeben ist. Die geplante umfassende aufsichtsrechtliche Normierung von Vertragspflichten wird zudem dem Verhältnismässigkeitsprinzip nicht gerecht, wonach nur zurückhaltend aufsichtsrechtlich in den privatrechtlichen Pflichtenkanon eingegriffen werden darf.

<sup>100</sup> Trautmann/von der Crone (Fn. 28), 164 f.

<sup>101</sup> Art. 85 ZPO.